

University of Groningen

Case Note: ECLI:NL:RBLIM:2018:4295 (Staatsloterij)

Pavillon, C.M.D.S.; Tigelaar, L.B.A.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S., & Tigelaar, L. B. A., (2018). *Case Note: ECLI:NL:RBLIM:2018:4295 (Staatsloterij): TvCH 2018/4*, Nr. ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, mei 09, 2018. (Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken; Vol. 2018, Nr. 4).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Rb. Limburg 9 mei 2018

(*mr. A.H.M.J.F. Piët*)

ECLI:NL:RBLIM:2018:4295

(Staatsloterij)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *misleidende reclame*
- *schadevergoeding*
- *causaal verband*
- *omkeringsregel*
- *vernietiging*

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Staatsloterij is de rechtsopvolger van Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (beide entiteiten zullen in het navolgende aangeduid worden als Staatsloterij). Staatsloterij exploiteert de Nederlandse Staatsloterij.

2.2. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] heeft (niet aaneengesloten) gedurende 16 jaar deelgenomen aan door Staatsloterij georganiseerde loterijen. In de periode 2000-2008 heeft [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] deelgenomen tot en met de trekking van 5 december 2002 en vervolgens van juni 2004 tot en met de trekking van mei 2005. Voor en na de hiervoor genoemde periode heeft [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] ook gedurende perioden deelgenomen.

2.3. In de hiervoor genoemde periode heeft [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] € 2.336,95 aan prijzengeld gewonnen en € 5.247,50 aan uitgaven aan loten gedaan.

2.4. Bij arrest van 28 mei 2013 (ECLI:NL:GHDHA:CA0587) heeft het gerechtshof Den Haag in een door Stichting Loterijverlies jegens Staatsloterij in 2008 aanhangig gemaakte collectieve actie (hierna: de collectieve actie) in hoger beroep voor recht verklaard dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 tot en met 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel- of niet-gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en dat Staatsloterij hierdoor in strijd heeft gehandeld met artikel 6:194 (oud) van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarnaast is voor recht verklaard dat Staatsloterij in 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met artikel 6:194 (oud) BW.

Staatsloterij en Stichting Loterijverlies hebben tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld. Bij arrest van 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:178) heeft de Hoge Raad het door Staatsloterij ingestelde cassatieberoep verworpen, evenals het door Stichting Loterijverlies ingestelde incidentele cassatieberoep.

3. Het geschil in conventie en in (voorwaardelijke) reconventie

3.1. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] vordert

A. Primair:

1. een verklaring voor recht dat de Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] ex artikel 6:194 (oud) BW dan wel artikel 6:162 BW;
2. de Staatsloterij te veroordelen tot vergoeding van de door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] geleden schade, bestaande uit het negatieve contractsbelang groot € 5.247,50 minus de gewonnen prijzen groot € 2.345,05, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 01 januari 2000 tot en met 31 december 2016, samen groot € 5.423,03 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 01 januari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiar:

1. de loterijovereenkomst tussen de Staatsloterij en [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] te vernietigen:
 - a. primair: op grond van richtlijnconforme interpretatie;
 - b. subsidiair: op grond van dwaling en
 - c. meer subsidiair: op grond van bedrog dan wel een andere grondslag door de kantonrechter in goede justitie te bepalen;
2. de Staatsloterij te veroordelen om ten titel van onverschuldigde betaling aan [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] te voldoen de door hem gedane inleg over de periode 01 januari 2000 tot en met 31 december 2005 groot € 5.247,50 minus de gewonnen prijzen in die periode groot € 2.345,05, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 01 januari 2000 tot en met 31 december 2016, samen groot € 5.423,03, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 01 januari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;

B. De Staatsloterij te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2. Staatsloterij voert verweer tegen het gevorderde. Tevens stelt Staatsloterij een vordering in voorwaardelijke reconventie in.

3.3. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] voert verweer tegen de vordering in voorwaardelijke reconventie.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie en in voorwaardelijke reconventie

in conventie

4.1. Tussen partijen staat vast dat de Staatsloterij in de periode 2000 tot en met 2007 en éénmaal in 2008 misleidende mededelingen als bedoeld in artikel 6:194 (oud) BW heeft gedaan over, in de kern, de winkansen van een bepaalde categorie hoge(re) prijzen. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] vordert dat de Staatsloterij als schadevergoeding aan hem de nominale waarde vergoedt van de door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] in de relevante periode gekochte staatsloten minus het door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] ontvangen prijzengeld. Daartoe stelt [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] verschillende rechtsgronden.

4.2. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag van de causaliteit van de schade. Kort samengevat: zou [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] indien de misleidende uitingen niet gedaan zouden zijn wél of niet de staatsloten hebben gekocht danwel deelgenomen hebben aan de staatsloterij.

4.3. Gesteld door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] en uitdrukkelijk onderschreven door Staatsloterij is dat inherent aan een loterijovereenkomst een onzekere kans op een prijs is. In de procedure bij het gerechtshof Den Haag die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2015 zijn de – in verband met de misleidende uitingen relevante – kansen op een prijs becijferd als 0,00000667% respectievelijk (in werkelijkheid) 0,000000953%. Deze becijfering van kansen is bij het gerechtshof, de Hoge Raad noch in deze procedure gemotiveerd weersproken zodat de kantonrechter van de juistheid daarvan zal uitgaan. Met Staatsloterij is de kantonrechter van oordeel dat in beide gevallen sprake is van een minuscuul kleine (win)kans. Opgemerkt moet worden dat ook [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] spreekt van een door hem op de koop toe genomen minuscule kleine (win)kans. Feitelijk komt de vraag naar de causaliteit van de schade daarmee neer op de beantwoording van de vraag of in rechte komt vast te staan dat [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] door de mededelingen die neerkwamen op de ene fictieve minuscule kans wel heeft meegedaan waar hij dat bij mededelingen die neerkwamen op de werkelijke, kleinere minuscule kans dat niet zou hebben gedaan.

4.4. Onjuist is de stelling van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] dat dit met de uitspraak van het gerechtshof Den Haag en de daaropvolgende uitspraak van de Hoge Raad een reeds beslist punt is. De beoordeling van het gerechtshof dat het gevoel van de potentiële deelnemer/gemiddelde consument aanzienlijk positiever is bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18-21 miljoen loten dient geplaatst te worden binnen de algemene beoordeling van de vraag of de uitingen misleidend waren. Hetzelfde geldt voor de overwegingen van het gerechtshof dat de schade als gevolg

van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang). Het betreft de algemene beoordeling van de vraag of een aanzienlijk deel van de (gemiddelde) consumenten zou hebben afgezien van meedoen, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan binnen de kaders van de beoordeling van de vraag of er sprake is van onrechtmatige misleiding. In het concrete geval van de concrete eiser dient de hiervoor geformuleerde vraag aldus beoordeeld te worden.

4.5. Daarbij dient de kantonrechter zich allereerst te buigen over de verdeling van stel- en bewijslast.

4.5.1. Hoofddregel overeenkomstig artikel 150 Rv is dat het op de weg van eiser ligt om het causale verband tussen de door hem geleden schade en de onrechtmatige handeling te stellen en zonodig te onderbouwen. Zoals hiervoor overwogen is daaraan met verwijzing naar de overwegingen van het gerechtshof welke door de Hoge Raad in stand zijn gelaten in dit concrete geval niet voldaan.

4.5.2. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] doet in dit verband een beroep op de overwegingen van de Hoge Raad in het zogenoemde World Online-arrest. Daarin overwoog de Hoge Raad: 'Met het oog op die effectieve rechtsbescherming (...) en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan.'

4.5.3. De kantonrechter stelt voorop dat deze regel de bewijsleveringslast omkeert, maar niet het bewijsrisico – i.e. het risico van het onbewezen blijven van causaal verband. Dit bewijsrisico blijft bij de pretens benadeelde. De omkeringsregel gaat op basis van de feiten uit van een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband, dat door tegenbewijs kan worden ontkracht.

4.5.4. De kantonrechter laat in het midden of de door de Hoge Raad in de specifieke casus van World Online toegepaste regel tevens toepassing heeft in een feitelijk geheel andere casus van misleidende uitlatingen in het kader van Staatsloterij. Immers, ook indien de omkeringsregel toegepast zou worden blijft de bewijslast en daarmee het bewijsrisico bij [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] liggen en is er – enkel – sprake van een voorshands aannemelijk zijn van dat gevraagde causale verband waartegen dan Staatsloterij tegenbewijs kan leveren. De kantonrechter is van oordeel dat Staatsloterij in dit geval is geslaagd in dat tegenbewijs, althans in zoverre daarin is geslaagd dat van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] nadere stellingname vereist was.

In het kader van de keuzes in deelname van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] is door Staatsloterij onweersproken het speelgedrag van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] beschreven. Voor zover hier relevant volgt daaruit dat [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] is begonnen met deelname in 1994, derhalve vóór de misleidende mededelingen. Van een beïnvloeding door de misleidende mededelingen kan op dat moment geen sprake zijn. De aanpassing in tussen 1995 en 1997 om deel te nemen met de zogenoemde jackpot is gedaan voor de misleidende mededelingen zodat ook die keuze daar niet door beïnvloed kan zijn. Hetzelfde geldt voor de keuzes in september 1997 om te stoppen met deelname en de daaropvolgende keuze in november 1997 om opnieuw te gaan deelnemen met een zogenoemde straat (van 10 hele staatsloten) met jackpot.

In de periode van de misleidende mededelingen zijn door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] aanpassingen in zijn deelname aangebracht. Allereerst is dit in 2002 stoppen van zijn abonnement. Als deze keuze al beïnvloed is door misleidende mededelingen is daar geen gevorderde causale schade uit voortgevloeid.

Daarna is [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] in 2004 opnieuw begonnen met deelname, nu met een zogenoemd straatje van 1/5de staatsloten. Tussen 2005 en 2009 is [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] vervolgens weer gestopt. Ook in de periode ná beëindiging van de misleidende uitlatingen is door [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] deelgenomen, vanaf 2009 tot juni 2012.

In het licht van het vorenstaande is Staatsloterij geslaagd in hetgeen van haar als tegenbewijs gevergd zou mogen worden. Het enkele moment waarop in de relevante periode een zichtbare deelnamekeuze is gemaakt die mogelijke schade tot gevolg zou hebben is de keuze van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] om in 2004 opnieuw te gaan deelnemen. Nu diezelfde misleidende mededelingen bij [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] echter eerder in 2002 niet hebben geleid tot blijvende deelnemen en de nieuwe deelname een beperktere omvang had dan in de voorafgaande periode is zonder nadere stellingname onvoldoende onderbouwd gesteld dat de misleidende mededelingen [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] in 2004 hebben beïnvloed in zijn keuze wederom te gaan deelnemen. Integendeel stelt [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] dat deelname en omvang van deelname met name werden beïnvloed door de financiële mogelijkheden die [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] daartoe had. In het licht van dit alles had [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] zijn standpunt dat hij door de misleidende mededelingen aangaande de (minuscule) winkansen is beïnvloed nader dienen te onderbouwen, hetgeen hij heeft nagelaten zodat om die reden het gevorderde – bij gebrek aan causaal verband – dient te worden afgewezen. Een en ander geldt – mutatis mutandis – ook voor de bijzondere trekkingen waaraan [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] heeft deelgenomen in de relevante periode. Gelet op de ontbrekende onderbouwing is er ook geen grond om [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] toe te laten tot bewijsslevering.

4.6. Op grond van het vorenstaande dienen de vorderingen van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] die gebaseerd zijn op het bestaan van schade te worden afgewezen. Nu bij gebrek aan – gebleken – causale schade er geen sprake is van onrechtmatige daad betekent dit dat de gehele primaire vordering dient te worden afgewezen.

4.7. Dezelfde overwegingen belemmeren een (subsidiar gedaan) beroep op dwaling en bedrog.

Kern van een beroep op dwaling is immers dat komt vast te staan in rechte dat [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomsten niet dan wel niet in die vorm gesloten zou hebben. Bedrog is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling. Daargelaten dat er geen sprake is van bedrog bij aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat niet is komen vast te staan dat [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] door de misleidende uitlatingen is bewogen tot het verrichten van enige rechtshandeling dan wel dat [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomsten niet gesloten zou hebben. De subsidiaire vorderingen slagen derhalve niet voor zover hierop gebaseerd.

4.8. Dit brengt de kantonrechter tot beoordeling van de overige subsidiaire vorderingen.

[eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] vordert vernietiging van de tussen hem en Staatsloterij gesloten overeenkomsten en terugbetaling van het door hem betaalde bedrag op grond van – dan – onverschuldigde betaling. Naast de hiervoor besproken vernietigingsgronden ‘dwaling’ en ‘bedrog’ voert [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] aan dat hij de overeenkomsten zou kunnen vernietigen op basis (via richtlijn conforme interpretatie) van artikel 6:193j lid 3 BW. Dit artikel biedt vanaf 13 juni 2014 de mogelijkheid om overeenkomsten gesloten als gevolg van misleidende mededelingen te vernietigen. Uit het voorgaande volgde reeds dat niet is komen vast te staan dat de betrokken overeenkomsten gesloten zijn als gevolg van de misleidende mededelingen, zodat reeds op grond daarvan dit beroep niet slaagt. Daarnaast is een direct beroep op artikel 6:193j, lid 3 BW niet mogelijk gelet op het overgangsrecht dat met zich brengt dat het enkel werkt met betrekking tot overeenkomsten van ná 13 juni 2014. Een beroep op richtlijnconforme toepassing in de daaraan voorafgaande periode slaagt evenmin. Lid 3 van artikel 6:193j BW dient niet ter implementatie van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt. De richtlijn laat de keuze in de mogelijke remedies van oneerlijke handelspraktijken vrij. Vanaf 13 juni 2014 heeft de Nederlandse wetgever aan de remedies die reeds bestonden de mogelijkheid van vernietiging toegevoegd, maar enkel voor overeenkomsten aangegaan ná die datum. Een beroep op de vernietigingsgrond kan daarmee niet via richtlijn con-

forme interpretatie plaatsvinden. Voor zover vernietiging derhalve hierop is gegrond dient daaraan voorbijgegaan te worden.

Een andere grondslag voor vernietiging is niet dan wel onvoldoende onderbouwd gesteld.

Daarmee stranden ook de (overige) subsidiaire vorderingen.

4.9. [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van Staatsloterij worden begroot op:

- dagvaarding € 103,10
 - griffierecht 223,00
 - salaris gemachtigde 1.000,00 (4 x tarief € 250,00)
- totaal € 1.326,10

De gevorderde rente over de proceskosten zal worden toegewezen met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis.

4.10. De kantonrechter zal dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

in voorwaardelijke reconventie

4.11. Nu de vorderingen van [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] in conventie worden afgewezen komt de kantonrechter niet toe aan een beoordeling van de voorwaardelijk ingestelde reconventionele vorderingen.

5. De beslissing in conventie en in reconventie

De kantonrechter

in conventie

5.1. wijst het gevorderde af;

5.2. veroordeelt [eisende partij in conventie, verweerder in reconventie] in de proceskosten aan de zijde van Staatsloterij gevallen en tot op heden begroot op € 1.326,10, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Deze uitspraak is de eerste (gepubliceerde) uitspraak met betrekking tot een individuele vordering tot schadevergoeding in de *Staatsloterij*-zaak. In 2015 oordeelde de Hoge Raad in een collectieve procedure ingesteld door de Stichting Loterijverlies dat de Staatsloterij in de periode 2000-2008 misleidende reclame heeft gemaakt.¹ Er werden per trekking, anders dan geadverteerd, geen

twintig miljoenenprijzen maar hoogstens drie of vier prijzen uitgekeerd. De Hoge Raad heeft zich in lijn met art. 3:305a lid 3 BW niet uitgelaten over de schadeplechtigheid van de Staatsloterij. Dit benadrukt de Limburgse rechter in r.o. 4.4.

2. Met de Stichting Loterijverlies bereikte de Staatsloterij geen collectieve schikking. Een dergelijke regeling werd in 2017 wel gesloten met de later opgerichte Stichting Schadeclaimstaatsloterij: iedereen die in de genoemde periode heeft meegespeeld kon meedoen met een gratis extra trekking. De ingeschrevenen bij de Stichting Loterijverlies kregen daarnaast een bedrag van enkele tientjes ter vergoeding van hun inschrijvingskosten. Wie afzag van deelname aan deze trekking, behield het recht om individueel schadevergoeding te vorderen. De Stichting Loterijverlies heeft de bij haar aangesloten deelnemers aangemoedigd om af te zien van de bijzondere trekking. Ook kwam in 2016 in het nieuws dat de Staatsloterij met een individuele deelnemer zou hebben geschikt.² Voor sommige deelnemers was dit voldoende reden om de gang naar de rechter in te zetten. In deze zaak vordert de deelnemer het negatieve contractsbelang, bestaande uit de kosten voor het aanschaffen van de Staatsloten, minus de gewonnen prijzen.

3. De Staatsloterij is evenwel pas schadevergoeding wegens onrechtmatige daad verschuldigd aan een individuele deelnemer indien deze deelnemer schade heeft geleden *als gevolg van* de misleidende reclamepraktijken van de Staatsloterij. Daartoe is in de eerste plaats een *condicio-sine-qua-non*-verband vereist tussen de misleidende reclame en het aanschaffen van de loten. En daarin zit de crux in deze zaak. Het is voor de individuele deelnemer aan de Staatsloterij lastig om aan te tonen dat hij schade heeft geleden door de misleiding.³ Hij moet hiertoe bewijzen dat, zou er eerlijk zijn geadverteerd voor drie of vier miljoenenprijzen (in plaats van de twintig, een aantal waarvan hij in de fictieve situatie ook nooit kennis had gehad), hij geen Staatslot zou hebben gekocht.⁴ Dit vergt dat hij aannemelijk maakt dat hij zich een voorstelling had gemaakt van de werkelijke winstkansen. Daar het hierbij in absolute zin in beide gevallen om zeer kleine winstkansen gaat en dus om een uiterst klein verschil, zal het voor de deelnemer niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat kennis van de reële winstkansen tot een andere aankoopbeslissing zou hebben geleid. Eiser in deze zaak slaagt hier niet in (r.o. 4.5.1).

4. Het minuscule karakter van de winstkansen waar de rechter in r.o. 4.3 de nadruk op legt, keert zich in de fase van de schadebegroting uiteindelijk toch tegen de consument. Het stond niet in de weg aan de vaststelling dat sprake was van misleidende reclame en dus van een onrechtmatige daad. Het Hof Den Haag overwoog destijds dat de minuscule winstkansen niets afdeden aan het belang van de Stichting Loterijverlies bij een verklaring voor

1. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178. In deze zaak is art. 6:194 BW toegepast, de regeling oneerlijke handelspraktijken was immers nog niet van kracht.

2. www.volkskrant.nl/economie/schikking-brengt-staatsloterij-in-problemen-b99bca32/ (laatst geraadpleegd op 12 juli 2018).

3. Zie hierover W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *AA* 2015, afl. 10, p. 784-793.

4. Zie Van Boom & Pavillon 2015, p. 791.

recht dat de Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld.⁵ Volgens het hof kon de beslissing van de gemiddelde consument om deel te nemen aan de loterij wel degelijk zijn beïnvloed door de misleidende reclame, ook al waren de winstkansen in werkelijkheid extreem klein. De Hoge Raad heeft het oordeel dat de gewraakte mededelingen van de Staatsloterij van ‘voldoende materieel belang’ waren om de maatman te kunnen misleiden, in stand gelaten. In onderhavige zaak wordt duidelijk dat met de vaststelling van de misleiding, het bewijs van het csqn-verband niet is gegeven. Dat de *gemiddelde* consument door de misleidende reclame kan zijn bewogen tot het kopen van een Staatslot, betekent niet dat elke aankoopbeslissing van een *individuele* deelnemer in genoemde periode door de misleidende reclame is beïnvloed.

5. De rechter zou de individuele deelnemer tegemoet kunnen komen door, net als in de *World Online*-zaak, de omkeringsregel toe te passen.⁶ Hierbij komt de bewijslast van het ontbreken van het csqn-verband bij de handelaar te liggen. De Hoge Raad heeft hiertoe echter geen aanzet gedaan. In deze zaak legt de rechter de bewijslast wat betreft het csqn-verband tussen misleidende reclame en schade volledig bij de consument (r.o. 4.5). Hij laat in het midden of de omkeringsregel van toepassing is in deze ‘feitelijk geheel andere casus’. De rechter overweegt voorts uitvoerig dat, zelfs al zou het bewijsvermoeden zijn toegepast, de Staatsloterij er in deze zaak in zou zijn geslaagd om tegenbewijs te leveren (r.o. 4.5.4). De desbetreffende deelnemer heeft op en af meegedaan en de reden voor deelname lag hoofdzakelijk in de eigen financiële ruimte daartoe. Daar toepassing van de omkeringsregel niet had uitgemaakt, is duidelijk waarom hierover geen prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zijn gesteld. Jammer is dit wel. Die toepasselijkheid is relevant voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (art. 392 lid 1 sub a Rv). Nu blijft onduidelijk wie het csqn-verband of ontbreken hiervan in de eerste plaats aannemelijk moet maken. Dat het vermoeden in deze zaak zou zijn weerlegd, betekent niet dat dit de Staatsloterij in een andere zaak opnieuw zou lukken.

6. Eiser doet, behalve op dwaling en bedrog (r.o. 4.7), voorts een vergeefs beroep op art. 6:193j lid 3 BW (r.o. 4.8). Deze laatste vernietigingssanctie, die overeenkom-

sten die zijn gesloten onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk treft, kan echter alleen worden toegepast op overeenkomsten gesloten na 13 juni 2014. Voor deze datum waren consumenten, indien zij slachtoffer waren geworden van een oneerlijke handelspraktijk, aangewezen op de onrechtmatige daad (of op de wilsgebreken).⁷ Naar ons weten zijn er, conform de ten tijde van de omzetting geuite verwachtingen,⁸ nog geen uitspraken verschenen waarin een consument schadevergoeding vordert als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk. Onderhavige zaak is in dat opzicht, hoewel op de voorloper van de regeling OHP gebaseerd, bijzonder.

7. Op grond van art. 79 Overgangswet Nieuw BW geldt dat een vernietigingsgrond niet van toepassing is op voor de datum van inwerkingtreding van de wetswijziging gesloten overeenkomsten. De vernietigingssanctie op oneerlijke handelspraktijken is ingevoerd bij de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten.⁹ Aanleiding voor deze invoering vormt een onderzoek naar een Belgische sanctie die van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken: de nietigheid van de overeenkomst zonder teruggaveverplichting aan de kant van de consument.¹⁰ Omdat deze sanctie in de praktijk een dode letter bleek, werd geen equivalent van de Belgische sanctie ingevoerd.¹¹ Wel hebben consumenten dankzij de motie-Recourt thans de mogelijkheid om een overeenkomst te vernietigen bij een oneerlijke handelspraktijk.¹²

8. Bij het invoeren van de vernietigingsgrond uit art. 6:193j lid 3 BW rust, net als bij het vorderen van schadevergoeding, de bewijslast ten aanzien van het causale verband tussen misleidende praktijk en contractsluiting op de consument.¹³ Op een recent jurisprudentieonderzoek baseren wij echter de voorzichtige conclusie dat dit potentiële bewijsprobleem in de praktijk niet echt speelt.¹⁴ Verschillende consumenten kwamen moeiteloos van hun overeenkomst af omdat die als gevolg van een misleidende handelspraktijk zou zijn gesloten. In onderhavige zaak geldt echter dat, ware art. 6:193j lid 3 BW wel van toepassing, het beroep op vernietiging om dezelfde reden als de vordering tot schadevergoeding zou zijn afgewezen: causaliteit tussen de misleidende reclame en de aankoop van Staatsloten ontbreekt.

*Mw. prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon en
mr. mr. L.B.A. Tigelaar*

5. Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, r.o. 4.18.

6. HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

7. *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, 3, p. 5 (MvT); *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, 8, p. 5 (NvW); *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, 8, p. 17 (NvW); *Handelingen II* 2007/08, 30928, 14, p. 938; *Kamerstukken I* 2006/07, 30928, C, p. 3 en *Kamerstukken I* 2006/07, 30928, E, p. 3.

8. W.H. van Boom, ‘Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daar mee op?’, *NTBR* 2008, afl. 3, p. 125; D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW B49a), Deventer: Kluwer 2016, nr. 68a.

9. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 2, p. 2 (Wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn consumentenrechten).

10. P.G.F.A. Geerts e.a., *Oneerlijke handelspraktijken: praktijkervaringen in België met de sanctie van artikel 41 WMPC* (WODC-onderzoek), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

11. *Kamerstukken II* 2011/12, 17, p. 2 en 3.

12. *Kamerstukken II* 2011/12, 33520, 3. Zie verder over art. 6:193j lid 3 BW: L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, nr. 407-418.

13. Dit, in tegenstelling tot de misleidende praktijk en de toerekenbaarheid bij een vordering tot schadevergoeding. Zie art. 6:193j lid 1 en 2 BW.

14. Te verschijnen in *Contracteren* 2018, afl. 3 met als titel ‘Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanterbare sanctie in de praktijk?’.